

Les migrations contemporaines entre droits de l'homme, liberté de circulation et droit au retour

Docteur en sociologie, maître de conférences en droit privé, université
Paris-Dauphine.

Jacques Amar



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/hommesmigrations/2848>

DOI : 10.4000/hommesmigrations.2848

ISSN : 2262-3353

Éditeur

Musée national de l'histoire de l'immigration

Édition imprimée

Date de publication : 1 avril 2014

Pagination : 141-147

ISBN : 978-2-919040-27-8

ISSN : 1142-852X

Référence électronique

Jacques Amar, « Les migrations contemporaines entre droits de l'homme, liberté de circulation et droit au retour », *Hommes & migrations* [En ligne], 1306 | 2014, mis en ligne le 01 août 2014, consulté le 22 septembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/hommesmigrations/2848> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/hommesmigrations.2848>

Tous droits réservés

REPÉRAGE

LES MIGRATIONS
CONTEMPORAINESENTRE DROITS DE L'HOMME, LIBERTÉ DE CIRCULATION
ET DROIT AU RETOUR

JACQUES AMAR, *docteur en sociologie, maître de conférences en droit privé, université Paris-Dauphine.*

Les phénomènes migratoires se caractérisent par le fait que des individus, pour des raisons diverses, traversent des frontières. Par leur importance démographique, ils modifient la morphologie sociale et contestent le principe de territorialité des règles¹. À travers les déplacements volontaires ou non des individus se posent à la fois la question du maintien de leur identité et celle de leur influence sur l'identité des personnes déjà présentes sur le territoire. Le processus migratoire repose ainsi sur une double interaction : celle de l'individu contre l'État ; celle des individus les uns avec les autres.

C'est pourquoi, compte tenu de ces interactions entre les individus et les règles au sein desquelles ils évoluent, les changements de ces règles peuvent légitimement constituer autant un élément de compréhension des phénomènes migratoires sur cette période qu'un moyen d'étudier les réactions nationales et internationales à ces mouvements de population. L'analyse menée ici cherche à prendre en compte les règles qui constituent les phénomènes migratoires, afin d'en saisir la dynamique dans la définition contemporaine des identités des individus et des frontières des États. Elle sera principalement centrée sur la réglementation des pays de l'Union européenne mise en perspective avec les textes émanant des Nations unies.



Les migrations contemporaines au prisme des droits de l'homme

Lorsqu'il migre, un individu dissocie la nationalité dont il est titulaire de son cadre naturel d'exercice. Si cette dissociation est au centre des préoccupations modernes relatives aux phénomènes migratoires à travers, précisément, les discussions relatives à l'étendue des droits du migrant sur un territoire distinct de son territoire d'origine, c'est parce qu'elle s'inscrit dans un contexte fortement marqué par les droits de l'homme. Après avoir exposé ce contexte, nous nous demandons si, paradoxalement, il n'érige pas la religion en élément central et transnational de l'identité du migrant.

Le fait que les premières Déclarations des droits de l'homme datent de plus de deux cents ans ne signifie pas que ceux-ci aient été dès cette époque consacrés, ni, non plus, que l'identité des termes entre les déclarations implique une identité de sens. Sous ces deux aspects, il y a une spécificité contemporaine du cadre juridique dans lequel s'exercent à notre époque les phénomènes migratoires, spécificité accentuée par l'adoption de la convention internationale sur la protection

1. Maurice Halbwachs, *La Morphologie religieuse*, 1935, p. 5 [en ligne], disponible sur le site de l'Uqac : <http://classiques.uqac.ca>.

REPÉRAGE

des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille en date du 18 décembre 1990 et entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003.

C'est l'une des grandes caractéristiques de ces trente dernières années : la référence aux droits de l'homme innerve non plus seulement la sphère du discours politique mais également l'ensemble des contentieux et surtout le contentieux pénal, domaine traditionnel du champ d'application des droits de l'homme à travers la référence à la présomption d'innocence. Ce phénomène apparaît très clairement à travers les

La dynamique juridique disqualifie la distinction entre national et étranger et remet en cause les équilibres territoriaux reposant sur les frontières. Ainsi, le droit de l'étranger s'apprécie à compter des années 1990-2000 à l'aune des valeurs d'une "société démocratique" et non plus de celles de l'État-nation.

statistiques élaborées par la Cour européenne des droits de l'homme pour mesurer l'évolution des contentieux : entre 1998 et 2008, quatre fois plus d'affaires ont été soumises que durant la période s'étendant de 1959 à 1998.

Le phénomène se retrouve à l'identique en droit interne à partir des années 1990 à travers l'invocation des droits de l'homme comme

moyen de droit par les requérants devant les cours suprêmes françaises : Conseil d'État ou Cour de cassation². Comparativement, sur la période 1970-1980, alors même que se succèdent d'importants flux migratoires, les droits de l'homme sont absents des contentieux.

Autrement dit, il y a bien une imprégnation des contentieux par les droits de l'homme qui déborde le contentieux pénal. L'expression des prétentions change de forme, voire de nature. Les individus, et notamment les migrants, prennent en quelque sorte possession des règles et modifient progressivement la consistance des relations sociales.

Car, et c'est le changement majeur, le droit d'agir

en justice ne concerne plus uniquement les nationaux. La Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, texte dont la Convention européenne des droits de l'homme constitue un dérivé, diffère de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 en ce qu'elle rompt le lien classique entre nationalité et citoyenneté et érige pour cela le principe de non-discrimination en règle cardinale. Elle rend ainsi illégitimes les distinctions entre deux situations identiques fondées sur un critère de nationalité. Dès lors, plus les droits de l'homme se diffusent comme norme contentieuse, plus les États voient leurs prérogatives restreintes dans leur capacité souveraine à distinguer les individus en fonction de leur nationalité. Dans ce cadre, les processus d'intégration des vagues d'immigration intervenues avant et après la Seconde Guerre mondiale ne sont en rien comparables. Les immigrés arrivés avant la Première Guerre mondiale ne disposaient ni de droits, ni de textes, ni d'exemples susceptibles de légitimer leurs revendications. À l'inverse, ceux de l'après-Seconde Guerre mondiale structurent de plus en plus leurs actions et comportements à partir des textes.

Il s'opère ici un renversement des perspectives : les individus sont les destinataires des droits par-delà les prérogatives étatiques. La dynamique juridique disqualifie la distinction entre national et étranger et remet en cause les équilibres territoriaux reposant sur les frontières. Ainsi, le droit de l'étranger s'apprécie à compter des années 1990-2000 à l'aune des valeurs d'une "société démocratique" et non plus de celles de l'État-nation.

La construction européenne, dans une zone restreinte, incarne cette rupture en justifiant une restriction des prérogatives politiques des États au nom de l'émergence d'une citoyenneté indifférente aux logiques nationales. Elle conjugue deux catégories de droits, les droits fondés sur le

². Pour un exposé plus complet sur le plan méthodologique, Jacques Amar, *Les Identités religieuses contemporaines dans le miroir des droits de l'homme, contribution à une sociologie des droits de l'homme*, Paris, Presses académiques francophones, 2013.

³. Sabine Corneloup, "Réflexion sur l'émergence d'un droit de l'Union européenne en matière de nationalité", in *Journal du droit international (Clunet)*, juillet 2011, p. 15.

principe de liberté de circulation et ceux consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme qu'elle articule sur un même principe : la primauté du respect des droits sur celui des réglementations nationales. Il en résulte l'émergence d'une citoyenneté européenne qui modifie les possibilités pour les États membres d'influer sur les conditions d'attribution de la nationalité⁴. Comme l'a énoncé le président du Conseil de l'Europe : *“Le temps de l'État-nation homogène est révolu. Nous n'avons qu'une civilisation : de démocratie, de droits individuels et de la soumission à la règle de droit”*.

L'adoption de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille en date du 18 décembre 1990 et entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003, non ratifiée pour l'heure par la France, prolonge cette dynamique, précisément à l'échelle mondiale. En même temps qu'elle consacre les droits de l'homme comme un élément constitutif de l'identité des individus, elle tend paradoxalement à renforcer la dimension religieuse de l'identité des migrants.

La religion comme un élément central de l'identité des migrants ?

La Convention internationale précitée se présente comme l'aboutissement de la conjonction de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, de la convention de lutte contre toutes les formes de discrimination raciale à l'égard des femmes ainsi que de la convention relative aux droits de l'enfant. Son adoption coïncide avec le rapport rendu lors de la conférence de Vienne relative à une convention mondiale sur les droits de l'homme initiée par la résolution de l'Assemblée générale des Nations unies 45/155

du 18 décembre 1990 qui préconise la reconnaissance de droits des minorités par-delà les droits individuels, afin notamment de faciliter le respect des cultures et de la religion des travailleurs migrants. Nous soulignerons l'antériorité de ces textes datant de 1990 vis-à-vis des mouvements plus contemporains revendiquant l'abolition des frontières⁵. Nous sommes donc bien en présence d'un mouvement structurel d'affaiblissement des frontières, qui n'en reste pas moins ambigu en raison du rôle qu'il confère à la religion comme élément constitutif de l'identité des migrants par-delà leur nationalité.

La liberté de circuler face aux restrictions des États

Pour la première fois, ce n'est plus uniquement la distinction entre nationaux et immigrés qui est contestée mais également celle entre migrations régulières et migrations irrégulières au cœur des prérogatives politiques étatiques. C'est pourquoi le principe de non-discrimination interdit que le critère de la régularité de la présence sur le sol d'un État permette la promulgation de réglementations distinctes. S'il n'y a plus de différence entre le national et l'étranger, entre l'étranger en situation régulière et celui en situation irrégulière – c'est-à-dire celui qui n'a pas respecté les procédures lors de la passation des frontières d'un État –, alors l'idée même de frontière perd sa pertinence. En somme, la liberté de circulation prime sur les restrictions que les États pourraient décider.

S'il n'y a plus de différence entre le national et l'étranger, entre l'étranger en situation régulière et celui en situation irrégulière – c'est-à-dire celui qui n'a pas respecté les procédures lors de la passation des frontières d'un État –, alors l'idée même de frontière perd sa pertinence.

4. Discours du président du Conseil de l'Europe, 9 novembre 2010, PCE 256/10. 5. Cf l'initiative de l'Unesco en 2013 d'une Journée internationale de la “citoyenneté universelle et de la liberté mondiale de circulation et d'installation des personnes”.

REPÉRAGE

L'individu migrant a vocation à s'affranchir de sa nationalité, ou du moins à ne plus être déterminé par elle pour disposer de droits à l'étranger. Au titre de ces droits, la convention internationale précitée nous paraît néanmoins accorder une place particulière au droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion.

D'une part, contrairement à l'article 18 de la Déclaration universelle des droits de l'homme qui consacre ce droit, la convention ne fait pas mention du corollaire de ce droit, *"la liberté de changer de religion ou de conviction"*. L'individu peut adopter une religion mais ne peut en changer ; il se rattache ainsi davantage à sa communauté ou minorité qu'à l'humanité en tant que genre⁶.

D'autre part, l'arrivée de migrants, en situation régulière ou irrégulière, aurait vocation à obliger le pays d'accueil à lui permettre de ne pas subir de contraintes dans l'exercice de sa religion au

point que la Convention stipule que *"les États parties à la présente Convention s'engagent à respecter la liberté des parents, dont l'un au moins est un travailleur migrant, et, le cas échéant, des tuteurs légaux de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions"*.

Les individus qui changent de pays emmènent finalement davantage avec eux leur culture et leur religion que leur nationalité.

L'existence de ce corpus de règles ne signifie cependant nullement que la situation des immigrés ou des personnes en situation irrégulière puisse être considérée comme satisfaisante. Tout au moins peut-on constater que, très tôt, des

auteurs ont dénoncé le traitement que subissaient ces personnes sur le fondement précisément des droits de l'homme, alors même que ceux-ci étaient quasi absents dans les contentieux⁷. Quoi qu'il en soit, à travers le processus de reconnaissance de droits, la question des migrations semble aujourd'hui avoir pour corollaire celle de la consécration d'un droit au retour, dont l'effectivité illustre l'ambivalence créée par l'application de droits déterritorialisés dans le cadre de l'État-nation.



Le droit au retour comme un droit du migrant

Que certains migrants aspirent à revenir dans leur pays d'origine constitue un fait sociologique qui tend à inscrire les phénomènes migratoires dans une logique transitoire conforme aux prérogatives étatiques. Que les migrants bénéficient formellement d'un droit au retour tend à promouvoir une articulation nouvelle entre leur identité et l'expression de celle-ci au sein des États. Le caractère polysémique de l'expression "droit au retour" nécessite d'en préciser les contours tant en droit international qu'en tant qu'élément des politiques migratoires des États afin de mieux cerner les différences de perception des phénomènes migratoires.

Le droit au retour, originellement consacré aux réfugiés, est à présent expressément consacré par la convention précitée relative à la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille. Cette mutation n'est pas sans conséquence sur l'exercice de ce droit.

Pour les Nations unies, les réfugiés forment une catégorie particulière de migrants parce que leur départ procède d'un fait indépendant de

Pour les Nations unies, les réfugiés forment une catégorie particulière de migrants parce que leur départ procède d'un fait indépendant de leur volonté et que, contrairement à leurs aspirations, ils ne peuvent pas toujours revenir dans leur pays d'origine.

6. A.G. A/CONF.157/24 (Part I), Conférence de Vienne, 13 octobre 1993. 7. Abadelmalek Sayad, "Y a-t-il une sociologie du droit de l'immigration ?", in *Le Droit et les Immigrés*, Aix-en-Provence, Édisud, janvier 1983, pp. 98-104.

leur volonté et que, contrairement à leurs aspirations, ils ne peuvent pas toujours revenir dans leur pays d'origine. Ils bénéficient à ce titre d'un statut particulier accordé par les États, le droit d'asile. La nécessité toutefois de consacrer un statut de réfugié en 1951 n'est que la conséquence du refus des États signataires de la Déclaration universelle des droits de l'homme de reconnaître, comme cela était prévu dans la première version de l'article 14, un droit à toute personne de bénéficier de l'asile dans un pays différent du sien. Le réfugié est donc un migrant dont les droits dépendent des prérogatives étatiques. Aussi, plus les migrants se voient reconnaître de droits, plus le statut de réfugié perd-il de sa consistance et, par là-même, celui de droit au retour. L'écoulement du temps justifie que la réalisation de ce droit se réalise par le biais de compensations financières⁸.

Le statut de réfugié est le témoin d'un ordre international fondé sur les États-nations là où celui de migrant participe à la construction d'"ordres juridiques autonomes", pour reprendre le vocabulaire du droit européen. Or des mouvements récents de population intervenus à la suite de bouleversements politiques ont montré qu'il devenait en parallèle de plus en plus difficile pour les États de distinguer les réfugiés au sein des migrants. Partant de ce constat, la consécration formelle d'un droit au retour pour les travailleurs migrants marque peut-être une mutation dans la conception des frontières.

La Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille a en effet explicitement pour objet *"tout le processus de migration des travailleurs migrants et des membres de leur famille, qui comprend les préparatifs de la migration, le départ, le transit et toute la durée du*

séjour, l'activité rémunérée dans l'État d'emploi, ainsi que le retour dans l'État d'origine ou dans l'État de résidence habituelle » (article 2). Encore faut-il, comme le précise l'article 67, que le travailleur migrant *"décide d'y retourner"*. Sous ces deux aspects, le texte altère la dimension transitoire du phénomène migratoire conforme aux politiques migratoires en faisant dépendre l'application de celles-ci de la volonté du migrant. Volonté qui conforte la dissociation du lien du migrant avec sa nationalité d'origine en lui laissant le choix entre son État d'origine et son État de résidence habituelle.

Sous cet angle, ce n'est plus uniquement l'existence d'une frontière commune entre deux États qui détermine le statut de migrant mais, plus largement, *"la communauté imaginée"*⁹ dans laquelle celui-ci se projette. Nous reprenons ici cette expression utilisée habituellement pour décrire le phénomène national dans un sens distinct : l'individu est à présent en droit soit de retourner dans son lieu d'origine, soit de recréer les conditions de vie propres à sa communauté d'origine en se prévalant du statut de minorité que lui confèrent à présent nombre de textes¹⁰. La subjectivisation du droit au retour le détache des modalités du retour originellement attachées à la qualité de réfugié pour modifier les équilibres institutionnels.

Ce mouvement coïncide avec un processus de privatisation de la nationalité : sur le plan médiatique, des individus s'estiment en droit de renoncer à leur nationalité ; sur le plan juridique, un refus arbitraire d'octroyer la nationalité peut, dans

Le statut de réfugié est le témoin d'un ordre international fondé sur les États-nations là où celui de migrant participe à la construction d'"ordres juridiques autonomes", pour reprendre le vocabulaire du droit européen.

8. Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), 1^{er} mars 2010, req. nos 46113/99 et s. 21819/04, à propos du rejet des prétentions des réfugiés chypriotes. 9. Benedict Anderson, *L'Imaginaire national. Réflexions sur l'origine et l'essor du nationalisme*, Paris, La Découverte, 2006. 10. Voir la conception de la communauté proposée par Zygmunt Bauman comme étant *"le principal cadre de référence de l'analyse sociale"*. "Soil, blood and identity", in *The Sociological Review*, vol. 40, n° 4, novembre 1992, pp. 675-701.

REPÉRAGE

certaines conditions, poser un problème sous l'angle de l'article 8 de la convention en raison de l'impact d'un tel refus sur la vie privée de l'individu¹¹. Plus les personnes demandent que soient respectées leurs pratiques religieuses, plus elles contestent la réglementation nationale inspirée par la culture majoritaire ; dans nombre d'États dont sont majoritairement issues les populations immigrées, la religion est un élément constitutif de la nationalité. À leur manière, les États contribuent à entretenir cette dynamique à travers la définition de politiques migratoires précisément centrées sur l'idée de retour du migrant.



Le droit au retour comme un élément des politiques migratoires des États

Là encore, nous retrouvons, selon l'angle adopté, l'interaction entre prérogatives étatiques centrées sur le respect des frontières et reconnaissance d'un droit au retour à l'individu qui dépend davantage d'une communauté imaginaire, dont

Les frontières existent ici
davantage comme
expression de formalités
administratives qu'en tant
qu'élément constitutif d'une
identité nationale.

la construction repose dans certains cas sur des éléments totalement dénués de substance.

La mise en œuvre des prérogatives étatiques se caractérise par leur caractère unilatéral et leur refus de tenir

compte de l'éventuel choix de la personne concernée. Le retour s'apparente davantage ici à un renvoi ou à une expulsion. Il n'exclut cependant pas l'obtention d'une aide au retour volontaire. Le droit français prévoit une telle disposition aussi bien pour les migrants en situation régulière qu'irrégulière. Le droit belge connaît une disposi-

tion similaire, dont peuvent bénéficier indistinctement les migrants et les réfugiés demandeurs d'asile, confortant quasiment le rapprochement entre les deux statuts. Quant au droit anglais, il réserve cette aide au retour uniquement aux migrants en situation régulière. Dans tous les cas, l'aide ne vaut que pour le retour dans le pays d'origine, c'est-à-dire celui dont le migrant possède la nationalité ; cette aide s'inscrit dans le cadre de politiques de coopération interétatiques. L'aide ne peut cependant pas valoir pour un pays qui aurait pu constituer la résidence habituelle, car un État ne peut prendre le risque de faire partir un migrant dans un pays dans lequel il ne disposerait pas de droit, faute d'être titulaire de sa nationalité. Nous sommes donc clairement dans le maintien d'une adéquation entre frontières, État-nation et territorialité des règles.

À l'inverse, d'autres réglementations mettent l'accent sur le droit au retour du migrant en raison des liens qu'il entretient avec le pays. La législation israélienne, qui reconnaît à tout juif le droit de venir s'installer en Israël, représente le cas le plus connu, voire le modèle d'inspiration de réglementations plus récentes. Issu d'un contexte historique tragique, elle peut rétrospectivement être lue comme une réponse nationale à un problème international : l'existence de milliers de personnes privées de leur nationalité et donc de leurs droits au sortir de la Seconde Guerre mondiale ou, de façon moins dramatique, après la décolonisation. À notre époque, la résorption de ce problème a entraîné des propositions de réforme de ce texte afin d'en réduire le caractère automatique pour privilégier davantage l'expression de la volonté du migrant et, paradoxalement, atténuer le poids de sa religion¹². Nous mesurons à travers ce débat le basculement d'une approche étatique à une prise en compte des souhaits des personnes de

11. Cour européenne des droits de l'homme, 4^e sect., 11 octobre 2011, *Genovese c. Malte*, req. n° 53124/09, § 30.

12. Pour une synthèse sur le sujet, Dan Ernst, "The meaning and liberal justifications of Israel's law of return", in *Israel Law Review*, n° 42, 2010, pp. 564-590.

rejoindre leur communauté. À partir de l'exemple juif, nous pouvons décliner les situations suivantes : de façon générale, de nombreuses catégories de populations se donnent aujourd'hui pour image d'elles-mêmes celle de populations constituant des diasporas. Il est ainsi devenu fréquent de parler de diaspora chinoise ou arménienne, ce qui sous-entend que ces personnes forment des communautés dans les pays dans lesquels elles résident et qu'elles maintiennent le souhait de retourner sur leur terre d'origine, quand bien même plusieurs générations se seraient succédé entre celle qui a quitté le pays et celle qui continue d'imaginer disposer de liens avec ce pays¹³.

De façon plus particulière, certains pays ont reconnu des avantages à des personnes qui souhaiteraient immigrer en invoquant, là encore, un

droit au retour. Par exemple, l'Espagne a reconnu un droit au retour aux juifs qui pourraient démontrer qu'ils ont fait l'objet d'une expulsion à la suite de l'Inquisition. Nous passons peut-être de l'imaginaire au fantasme d'une communauté idyllique à recréer. D'autres États définissent enfin des statuts particuliers qui permettent d'articuler en toute neutralité des politiques d'immigration choisie, à l'instar du Japon où le statut de résident est accordé à toute personne capable de démontrer être un descendant de Japonais sur trois générations¹⁴. En somme, l'individu ne perd jamais ses origines en dépit de l'écoulement du temps. Les frontières existent ici davantage comme expression de formalités administratives qu'en tant qu'élément constitutif d'une identité nationale. ■

¹³. Chantal Bordes-Benayoun, "La diaspora ou l'ethnique en mouvement", in *Revue européenne des migrations internationales*, vol. 28, n° 1, 2012, pp. 13-31. ¹⁴. Mélanie Perroud, "Migration retour ou migration détour ?", in *Revue européenne des migrations internationales*, vol. 23, n° 1, 2007, pp. 49-70, à propos des Brésiliens d'origine japonaise qui retournent au Japon ; Anne de Tinguy, Catherine Wihl de Wenden, "Les migrations polonaises en Grande-Bretagne et en Irlande après l'élargissement à l'Est de l'UE et leur impact en Pologne", in *Hommes & Migrations*, vol. 1, n° 1283, 2010, pp. 169-179, à propos de l'évolution de la politique polonaise.